IESVS.

MARIA. *IOSEPH.*

POR
EL DVQVE DE ALCALA, SEGORVE, Y LERMA.
CON
EL SEÑOR MARQVES DE CASTELRODRIGO, DEL CONSEJO DE ESTADO de su Mageſtad.



EL pleito de Acreedores a los bienes libres de Don Fernando Enriquez de Ribera Duque de Alcala difunto, ſe ha hecho memorial ajuſtado por los Relatores, en lo que toca à la pretenſion del ſeñor Marques de Caſtelrodrigo, tanto como poſſeedor de ſu caſa y mayorazgo, quanto ya como heredero tambien de Doña Beatriz de Tabora Mora y Corte-Real, muger del dicho Duque Don Fernando; y los muchos papeles de que ſe compone el pleito, y cargo de referirlos, neceſſitaron a los Relatores a lo dilatado del memorial, de que es preciſo para formar el diſcurſo de las defenſas legales que hize en eſtrado, à la viſta del pleito hazer reſumen. Y vno, y otro ſerà con la brevedad, que permitieren la cantidad, y calidad del negocio, y el cumplimiento de mi obligacion, informando a V.S. y defendiendo al Duque.

3 Por muerte del Duque Don Fernando ſe formò concurſo de Acreedores a ſus bienes libres, a que ſalio la Duqueſa Doña Beatriz por ſu dote, que fue de 100U. ducados, y 10U. ducados de arras. Cuya ſeguridad ſe diſpuſo

en esta forma. Que los 60U. ducados se vinculassen por el tiempo del matrimonio, con facultad Real en las mesmas piezas dotales que se recebian. Y de los 40U. ducados restantes de la dote, y 10U. ducados de las arras, se obligase el Duque a la paga en el caso de restitucion, y obligase con facultad Real el Estado.

No se pone a la letra en el memorial, vna de las capi-
2 tulaciones matrimoniales, y constitucion de dicha dote; aunque se dize muy bien por los Relatores, que es todo el fundamento de la pretension del señor Marques. Y dize assi.

3 *Item, que si lo que Dios no quiera, la dicha señora Doña Beatriz muriere sin dexar hijos, ni desendientes legitimos, en tal caso pueda testar, è disponer a su voluntad de cinquenta mil ducados de la dicha dote y no mas, y lo restante della, aya de bolver, y buelva, è se incorpore con la casa, y mayorazgo de los dichos señores Cõdes sus padres, los quales para esto otorgarân las escrituras, y licencias que fueren necessarias, a contento del dicho señor Duque.*

4 Cierto es que se concedieron las dos facultades por su Magestad al Duque, y en virtud de la vna se vincularon temporalmente, y mientras durava el matrimonio, los sesenta mil ducados de la dicha dote, en piezas conocidas della, que fueron diez mil ducados de principal de censo en los proprios de Sevilla, 24U. ducados de principal de censo en el Estado de Maqueda. 18U. ducados en vn juro de salinas de Badajoz, y los ocho mil ducados restantes de parte en el juro de 28U. ducados de principal sobre el Almoxarifazgo de Sevilla. Y quedarõ vinculadas estas piezas; pero con la calidad temporal que en la facultad se dize por estas palabras, *y disuelto el dicho matrimonio, cesse y se acabe el dicho vinculo, y los dichos bienes queden libres del.* Cõsta assi en el primero ramo, fol. 473.

5 Pero durante el mesmo matrimonio, se enagenaron las dichas piezas en esta forma. El juro de Badajoz, y tri-

tributo de Sevilla, se desincorporaron del vinculo, para la dote de la Marquesa de Molina, hija de los dichos Duque y Duquesa. El censo de Maqueda, y los 8U. ducados de parte en el juro sobre el Almoxarifazgo mayor de Sevilla, se vendieron, è desincorporaron del dicho vinculo temporal, imponiendo estas mismas cantidades, en los frutos, y rentas del Estado de Alcala, y ambas enagenaciones, è imposiciones se hizieron con facultades Reales; pero en ambas se halla en el primero ramo, fol. 1324. y fol. 1354. repetidas dos clausulas, que en sustancia contienen vna mesma cosa, y es mandar su Magestad: *que antes que vse de la facultad, aya de otorgar poder el Duque, al Depositario general de Sevilla, y señalarle rentas ciertas, y seguras del dicho Estado, y mayorazgo, para que dellas cobre*, dize la vna escritura, *los 24U. ducados, en seis años, a quatro mil cada año*, y la otra dize: *que en quatro años se cobren los dichos 8U. ducados, dos mil ducados en cada vn año.* Y en ambas clausulas, respectivamente en cantidades, y en plaços, como dicho queda; se pone esta condicion expressa:

6 *Conque siendo cumplidos, y passados los dichos quatro años, en que como està dicho, se hã depositar los dicho ocho mil ducados, aunque no se ayan depositado, à de quedar, è quede el dicho vuestro Estado, è mayorazgo, ê bienes, y rentas dêl libres, y sin obligacion alguna de depositar los dichos ocho mil ducados, ò la parte que se huviere dexado de depositar: y assimesmo mandamos, que en caso que vos el dicho Duque fallezcais antes de hazer el dicho deposito, en los dichos quatro años, valga, è haga el mesmo efecto el dicho poder en causa propria que otorgaredes cõ vuestros subcessores en el dicho Estado, e mayorazgo, hasta que de todo punto se ayan depositado en el dicho tiempo, de quatro años.* Lo mesmo se dize en la otra facultad de los dichos 24U. ducados que se avian de cobrar, y depositar en seis años, porque como està dicho, son de vn mesmo se-

ños

ñor ambas clausulas en las dos facultades.

7 En quanto a la otra porcion de la dote de los 40U.ducados della, y 10U. de arras, la facultad fue condicional, porque dize: *para que obligando primeramente a la restitucion, y paga de la dicha dote y arras, los bienes libres, que al presente teneis, y adelante tuvieredes, por si aquellos no bastaren podais obligar los frutos, y rentas del dicho vuestro Estado, y mayorazgo, y no la propriedad del por la parte, que demas de los bienes libres fuere menester a los dichos* 20U. *ducados, de los que assi os dan en juros de a* 14. *y de los otros* 20U. *de joyas, vestidos, y ajuar de casa, y diez mil ducados de las dichas arras.* Que son las palabras expressas de la facultad, y constan R.1.fol.475.

8 Viviendo todavia la dicha Duquesa Doña Beatriz, saliò a este pleito el señor Marques de Castel Rodrigo, por peticion que se halla en el 2. ramo *fol.*403. En que poniendo por fundamento la capitulacion que queda referida *suprà n.* 3. Y por motivo que la dicha Duquesa no tenia hijos, ni edad ya para tenerlos, conque le tocavan a su casa, y mayorazgo los 50U. ducados de dicha dote, concluyò pidiendo que de los bienes libres del Duque Don Fernando se le pagassen los dichos 50U. ducados comprelacion a todos los Acreedores.

9 Siendo este el pedimiento sobre que cayò la Executoria de graduacion se deven notar para lo que despues se dirà dos cosas. La vna, que no ay pedimento de intereses, sino solo de los 50U.ducados. Y la otra, que el pedimiento es contra los bienes libres del dicho Duque Don Fernando, y que no solo no se pide nada contra el Estado de Alcala; pero ni aun se protesta seguir derecho, ni accion alguna contra èl.

10 El pleito se siguiò entre los Acreedores de dichos bienes libres; y como vno dellos saliò el señor Duque de Medina-Celi, ya como marido de la señora Duquesa de Alcala, ya por su muerte como padre, y legitimo Adminis-

nistrador de su hijo Duque de Alcalâ, pretendiendo los derechos que el Estado tenia contra losdichos bienes libres.

11 No se hallarà poder del Duque por otro titulo, ni mas pedimentos que sobre su oposicion contradiziendo la paga, y prelacion que pretendia en los bienes libres del Duque Don Fernando la Duquesa Doña Beatriz. Pero como se advierte *en el memorial num. 37. fol. 21. en lo vltimo de la primera plana*, aunque se mādò dar traslado a las partes del pedimiento del señor Marques de Castelrodrigo, y se notificò â algunos Procuradores, y no a ninguna parte en persona, assi ni por el Duque, ni por otro ningun Acreedor se contestò, ni se contradixo.

12 Y sustanciado deste modo el pleyto, saliò la executoria de graduacion, que se refiere en el *memorial nu. 43. y num. 45.* cuya suma es dar grado en los bienes libres del Duque Don Fernando, à la Duquesa Doña Beatriz, por 60U. ducados de su dote, baxandole las partidas contenidas en las sentencias, y al señor Marques por los 50U. con reserva en caso de faltar bienes libres del Duque Don Fernando, contra reditos de los bienes vinculados, añadiendo la sentencia de revista: *La qual reserva sea solamente en quanto a los 40U. ducados, y no mas.* Y la mesma reserva se haze en favor de la dicha Duquesa Doña Beatriz, en quanto a los 10U. ducados de las Arras. Y esta distincion ya se vè que se hizo siguiēdo la facultad, que se refiriò *arriba numer. 7.* y fue para assegurar los 40U. ducados que quedavan de la dote por vincular, y los 10U. ducados de las Arras, y como en estos nó era el derecho de la Casa de Castelrodrigo, sino solo para la reversion de la dote sacados 50U. ducados de q̄ avia de poder disponer la Duquesa, quanto quier por todos tuviesse derecho contra los bienes libres del Duque

Don

Don Fernando, pero nunca le podia tener contra el Estado, mas que por los 40U.de la dote, para cuya restitucion era la obligacion en virtud de la dicha facultad.

13 Hizose en virtud de la executoria liquidacion de los creditos, y advierten muy bien los Relatores, *en el memorial num* 47. que no se alegò, ni dixo de agravios contra la pretension del señor Marques de Castelrodrigo, y assi se aprobò la liquidacion, y en su virtud cobrò algunas partidas.

14 Deviase advertir en el memorial como hasta aqui, ni se pidiò por el señor Marques de Castelrodigo, cosa alguna contra el Estado, ni con el Estado se sustanciò el pleyto, ni se hizo notificaciõ ninguna por este Titulo: porq̃ como està dicho, el señor Duque de Medinaceli, por las dos administraciones legales, ya de marido ya de Padre, saliò al pleyto, y lo prosiguiò como Actor, y vno de los Acreedores, y Opositores, como tãbiẽ saliò el Marques de Priego, y los demas que se contienen en las cabeças de las sentencias, pero nunca se sustanciò con el Duque como Reo, y deudor por el Estado.

14 Hasta que en diez y seis de Febrero de 1656. por parte del señor Marques de Castelrodrigo se hizo el pedimiento que està en el 3 Ramo, fol. 269. en que refiriendo el estado deste pleyto, y lo que avia cobrado de los bienes libres dixo; que lo demas se le avia de satisfazer de los frutos, y rentas del Estado, en conformidad de la reserva de la executoria, que pedia se despachasse Provision de pago contra Don Ioseph Andres de Nestares Tesorero del Estado de Alcalà. Y por auto de 3. de Abril del dicho año de 1656. mandò la Sala, que se despachasse Provision requisitoria para que se le notificasse a el Duque de Medinaceli, administrador del Estado de Alcalà el dicho pedimiento.

15 Des-

15 Deſde èſte auto comiença el pleyto con el Eſtado, y pretendiendo execucion el Marques, y el Duque, que no tenia obligacion de reſponder a la demanda, la execucion ſe denegò, y ſe mandò que reſpondieſſe, y el pleyto ſe recibiô a prueba, aunque no ſe ha hecho en la inſtancia. Y a lo vltimo della ſaliò el Duque de Alcalâ, Segorve, y Lerma, y no por ninguno deſtos Titulos le toca preciſamente la defenſa del pleyto por aora, ſino por la Prouiſion Real que à preſentado en el Acuerdo, en que en el pleyto de Tenuta, que eſtâ pendiente ſobre el dicho Eſtado con el Marques de Priego, ſe le encargò por el Supremo Conſejo de Iuſticia, con fianças de 50U. ducados, y cargo de Libro, y quenta, la adminiſtracion del dicho Eſtado.

16 Eſta es la ſuma de lo actuado en eſte proceſſo, de que formava las defenſas en la Sala dividiendo el informe en ſeis Articulos.

17 El primero, que no avia coſa juzgada contra el Eſtado.

18 El ſegundo, que la reſerva era comun, y admitia conocimiento de las excepciones, y defenſas del Eſtado de Alcalâ.

19 El tercero, que no aviendo executoria contra el Eſtado, ni obrando la reſerva, litigava ſin accion el ſeñor Marques, como poſſeedor de ſu Caſa contra el Eſtado de Alcalá, quanto quier la tuvieſſe contra la dicha ſeñora Duqueſa.

20 El quarto, que caſo que tuvieſſe accion contra el Eſtado, era condicional conforme a la facultad, y no eſtava cumplida la condicion.

21 El quinto, que como heredero el ſeñor Marques de la dicha Duqueſa, le obſtavan las excepciones de paga, y las demas, en que no podia eſtar vencido el Eſtado por no averſe ſuſtanciado con parte legitima por èl.

22 El

22 El sexto, que en todo acontecimiẽto, y caso negado tuviesse recurso contra el Estado, el dicho señor Marques por su Casa, ò como heredero de dicha Duquesa no lo puede tener por las vsuras, y reditos que pretende: Singulariter ergo de omnibus est nobis agendum. Deus adsit.

ARTICVLO I.

Que el Estado de Alcalâ no està vencido por la executoria de graduacion, y sentencias de vista, y revista, que se pronunciaron en este pleyto, y que no le obsta la cosa juzgada en ellas.

23 NI lo pronunciado, y decidido en las dichas sentencias de vista, y revista, ni la reserva que contienen puede parar, ni ha parado perjuyzio al Estado de Alcalà, por no averse sustanciado con parte legitima por èl. Y para que la executoria obste han de concurrir las tres indentidades, quæ à Paulo, & Vlpiano, & proponuntur, & explicantur *in l. cum quaritur.* 12. *cum duabus legibus seqq. ff. de excep. rei iud.* sic: *Cũ quaritur, hac exceptio noceat, nec ne: inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem ius, & an eadem causa petendi. Qua nisi omnia concurrant, alia res est.* DD. *in dict. iurib.* text. *in. c. fin de excep.* vbi Glos. & Canonistæ. Sur. *cons.* 312. *ex princ.* & qui plures apud Add. ad Molin. *de Hisp. primog. lib.* 4 *c.* 8.

24 Y hablan estos textos de sentencia litigada con parte legitima porque si assi no fuere, no ay para que recurrir al concurso de las identidades, pues basta que la sentencia no se aya litigado con el Estado, para que le falte el sugeto principal en la contestacion del jüyzio, que es el legitimo, y justo cõtradictor, sin el qual no ay cosa juzgada. *l.* 1. *ff. si ingen. esse dicatur. l.* 3 *ff. de collus.*

de-

deteg. donde de la sentencia dada *cum non iusto contradictore* dize el Cõsulto: *Perinde inefficax est decretum, atque si nulla iudicata res intervenisset.* tex. *in l. 1. C. de ing. manum.* ibi: *Apud suos iudices causam agere debes, si tamen iustum contradictore habes.* Donel. *Comm. iur. lib. 2. cap. 10. vers. etiam* Ant. Fab. *in iurisp. Papin. scien. tit. 4. princ. 2. illat 1. in initio.* vltra quos *num. seq.* laudabo.

25 Vulgar, y comun es el lugar de Marino de Freccia, pero siempre tenido por singular, y sus palabras refiere Don Christoval de Paz *de tenut. 2. t. c. 43. num. 8.* y son: *Feudum agit, convenitur, loquitur, & patitur, feudo fertur sententia, & contra feudum nec enim refert, quæ sit imago, sed quæ sit substantia rei.* Y este lugar se trae ordinariamente para probar, que la sentencia litigada con el legitimo, y verdadero posseedor del mayorazgo daña a los sucessores por hallarse en aquel posseedor actualmente representada la imagen, ò persona, que dize Frecia, del vinculo, que es el que demanda pidiendo, ò responde defendiendose. Para esto es precisso que se litigue el pleyto con el posseedor del mayorazgo, ex Glossa quam *insignem* nuncupat D. Cobar. *practic. c 13. num. 4. vers. secundò prænotandum.* & est *in d. l. 3 ff. de collus. deteg. verb. cum iusto. contradictore,* ibi: *Omnem dic iniustum nisi dominus sit, vel pater.* seu refert D. Covar. *legitimus vero contradictor, is dicitur, qui verus est dominus servi, vel verus patronus liberti.* Supuesto sobre que se trata de la cosa juzgada en los textos, y doctrinas que trae el señor Molin. *de Hisp. primog. lib. 4. d. c. 8.* vbi Add. Paz *d. c* 43. D. Castil. *quotidian. controv. lib. 5. p. 2. c. 157 præsertim ex num. 34.* que resuelven la question en terminos de litigarse con posseedor verdadero, y actual.

26 Y aunque la ley 45. de Toro transfiere la possessiõ natural, y no puede dar la actual porque el hecho no

se consigue por ficcion de la ley *l. 1. §. Scævola. ff. si is qui testam. lib. es. ius. est.* Y si la tenuta se reduce a litigio, pendiēte el pleyto ninguno de los opositores possee, si la actual possession se sequestra poniendo administrador de los bienes, que este es el efecto que causa el sequestro. *l. licèt. 16. in fin. ff. depos.* ibi: *Id enim agitur in depositione vt neutrius possessioni id tempus procedat:* con los demas textos que cita Don Christoval de Paz *de tenut. 1. to. c. 10. num. 29.* concluyendo: *Effectus autem huius sequestrationis est, vt dum lis tenutæ pendet, nullus ex litigatoribus possideat.* Y assi este mesmo Auctor. *eod. tract. to. 2. c. 40. num. 37.* en la question, si el que obtuvo en tenuta puede mover las acciones que competen al mayorazgo, y lo mesmo se entiende en las passivas para su contestacion, se resuelve en favor del posseedor por considerarle actual por la tenuta, y por este titulo se halla capaz del movimiēto, y passion de las acciones. *Ex l. vtifrui. 5. in princ. ff. si vsusf. pet.* Pero sin tenuta nada puede obrar, como siguiendo a Don Christoval de Paz, aunque con mas fuertes argumentos (vt ait) tiene lo mesmo el señor Salgado *in labyr. credit. 2. p. c. 22. ex num. 72.* donde para que a èl sucessor en el mayorazgo cōpeta el exercicio de las acciones *activé, & passivè, in ijs omnibus, quæ tangunt bona maioratus*, es necessario que aya obtenido la tenuta, que es la q̃ aunque temporalmēte, lo declara por sucessor, y le dà la possessiō actual, cuyo fruto principal es el exercicio de las acciones.

27 El Señor Duque de Medinaceli hablô en este pleito (como se ha referido) en todo el discurso de la executoria, y liquidacion della, ya como marido, ya como padre, y nūca como Administrador sequestrario de los bienes del Estado de Alcala, ni como a tal se le pidiò, ni con èl se sustanciò, hasta que por el auto que diximos *arriba n.* 14. se mandò notificar al Duque, co-

como tal Administrador, el pedimiento del Marques de 16. de Febrero del 656. passado ya todo el pleito, hecha la liquidacion, y executada en algunos bienes, y efectos la executoria. Desde este pedimiento es el pleito con el Estado, a quien los autos hechos desde entonces con su Administrador podran causar perjuizio, no los hechos antes, aunque en ellos hablasse como marido de su muger, ò como padre de su hijo, porque es conclusion cierta de derecho, que vno que representa dos calidades, respectivamẽte con cada vna se tiene por diferente persona. *l. vnic. §. consules. ff. de offic. consul.* ibi: *Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est.* text. *in l. si pater fam. 15. §. qui duos. ff. de adopt.* ibi: *Facit enim hoc, quasi qui libet, non quasi auus.* text. *in l. fin. ff. de instit. act.* ibi: *Cum id institoris officio ad fidem mensæ protestandam scripsisset.* text. *in l. cum filio fam. 11. ff. de leg. 1.* ibi: *At pater non vt hæres, sed vt pater rogari videtur* text. *in l. 5. in fin. ff. de iur. dot.* vbi dicitur: *Magis eum quasi patrem id, quam quasi curatorem, fecisse videri.* Y de aqui es, que aunque se huviera opuesto el Duque al pleito de Tenuta deste Estado, ya como marido, ya despues como padre, y considerandose por esto con derecho a suceder, saliesse representando estas personalidades al cõcurso de los bienes libres del Duque Don Fernando, nada desto le perjudica al Estado, no aviendose seguido con el Duque como su Administrador. *discreta sunt enim iura, quamvis plura in eamdem personam devenerint.* ait text. *in l. iutorem. 22. ff. de his, quæ vt indign.*

28 Conclusion que se prueba por el texto *in l. 3. § sed si fortè. cum §§. seqq. ff. iudicat. sol.* ibi: *Vel vir vxoris nomine.* Y con todos los demas derechos, y doctrinas, quæ nullibi melius, quam apud D. *Sal. de Reg. protect. tom. 2. p. 4. cap. 8. ex n. 259.* vbi ex Bart. & An-

gel. *in l. 1. C. de bon. matern* ait, que para que a vno dañe lo juzgado con èl, siendo Administrador se le ha de pedir como a tal, y à de ser convenido por esse titulo. Y de otro modo lo juzgado no dañarà â la administracion; aunque por otros derechos, ò qualidades, ò lo que mas es *simpliciter, & non expressa qualitate administrationis*, se huviere sustanciado con el que la tuvo. *adhuc enim non nocet.*

29 De no aver pedido contra el Estado, ni demandado al Duque, como su Administrador sequestrario se siguiò no responder à la pretension del Marques en el discurso de la executoria, ni contradezirle la liquidacion, como consta del memorial, y queda advertido *suprá n. 11. & n. 13.* Con que aviendo sucedido la parte a quiẽ defiendo en esta administracion, y sequestro, el que su padre, teniendo la mesma administracion, ni respondiesse, ni defendiesse al Estado, no puede ser de perjuizio. *l. qui repudiantis. 17. in fin. ff. de inof. testam.* ibi: *Non idem probandum est harede non respondente.* text. *in l. si servus plurium. 50. §. 1. ff. de leg. 1.* ibi: *non agente causam.* text. *in l. si per lusorio 14. §. 1.* ibi: *Harede non respondente.* Bart. & DD. *in l. ingenuum. 25. ff. de stat. homin.* Abb. *in c. in causis de reiudic.* Felin. *in c. cum Bertoldus. eod.* D. Molin. *d. c. 8.* cum alijs quos sequitur præceptor meus & numquã mihi sine elogio laudandus D. D. Melch. de Valencia *tract. illust. lib. 2. tr. 2. c. 10. n. 21.*

30 No aviendose, pues, litigado la executoria, ni hechose la liquidacion con el Estado, ni con el Duque como su Administrador sequestrario, ni aviendose defendido como tal; no ay cosa juzgada contra el Estado, ni le puede causar perjuizio lo juzgado en dicha executoria, ni la aprobacion de la liquidacion, maximè faltando las identidades que deziamos *suprà n. 23.* ex *d. l. cum quaritur. cum seqq.* porque lo primero

non

non est idem corpus, ni los mesmos bienes son los convenidos. Contra los bienes libres del Duque D. Fernando se pidiò entonces, y como queda advertido *suprà n.* 9. la demanda no se estendiò no solo en intencion, pero ni aùn por protestacion a los bienes del Estado. Con que nunca la executoria pudo ser contra èl, ni contra sus frutos y rentas, ni por ella pudieron salir, como no salieron condenados mas que los bienes convenidos, y demandados por el Marques en su peticion, que fueron los bienes libres del Duque Don Fernando. vulg. *l. vt fundus.* 18. *ff. comm. divid. l. fin. C. de fideicom. libert. c. qualiter & quando. vers. ab corrigendos. de accus.* Scribentes *in d. l. vt fundus.* Canonistæ *in c. licet Heli. de Simon.* text. *in l.* 16. *tit.* 22. *p.* 3. y Baldo *in l.* 1. *colum.* 2. *C. si plures vna sententia.* y el señor Greg. Lopez *in d. l.* 16. *glos.* 1. dixeron, que la conformidad de la sentencia con la demanda avia de consistir *in re, causa, & actione.* En todas tres cosas difiere el pedimiento que hizo entonces el Marques, al en què aora quiere tener vencido al Estado: porque en lo primero ya se vè, quan diversos son los bienes libres del Duque Don Fernando contra que dirigiò su pedimiento, de los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, en que quiere executar la executoria. Accion no solo seria diversa, si la tuviera el Marques contra el Estado: pero se probarà en el articulo 3. que no le compete, ni la tiene. La causa de pedir, ya se vè quan distinta sea, pues no tiene que ver el aver pedido grado en el concurso de Acreedores a los bienes libres del Duque Don Fernando, con demandar al Estado, para que de sus frutos, y rentas se le dè satisfacion. Que aun aviendose seguido el pleito de la graduacion, y siendo contra el mesmo Estado, y sustanciandose con el Administrador sequestrario, ò con el posseedor actual, si lo huviesse, siendo la causa de pe-

dir tan diversa, nō obstaria la executoria de Grados, como no obstò al Conde de Alva de Aliste, en el pleito de su concurso, en la Chancilleria de Valladolid, en caso tanto mas apretado que el nuestro, quanto se reconocerà de su relacion, y terminos, apud D. Salg. *in labyr. Credit. p. 3. c. 1. ex n. 55.* lugar con que doy fin al articulo, por tenerle muy del intento en la pretension de que la executoria de graduacion, no obsta aun a el mesmo Estado, si la libertad la pretēdiera por nueva causa, y excepciones, y defensas, como las que assistian al Conde de Alva de Aliste, no ventiladas en el litigio de la graduacion, y juizio del concurso. *Aliud ergò videri tunc petitum, aliud nunc: atque ideò exceptionem rei iudicatæ cessare.* Respondit Vlpian. *in l. si mater. 11. §. si quis iter. ff. de excep. rei iud.*

ARTICVLO II.

De la reserva hecha por la executoria, en cuyo conocimiento se deven admitir las defensas del Estado de Alcala, por entenderse comun la reserva al pedimiento, y à las excepciones.

31 COmo se ha dicho, y consta del pleito, en todo èl no huvo pedimiento contra el Estado, ni contra susfrutos, y rentas, y solo se siguiò por el Marques contra los bienes libres del Duque Don Fernando, con que parece ocioso el articulo precedente; pues mal se puede considerar executoria contra el Estado, ni cosa juzgada que le perjudique, no aviendo avido pedimiēto contra èl, quantoquier ex officio, viendo que podra tener derecho contra los frutos, y rentas del Estado en defecto de los bienes libres del concurso del Duque, esta accion q el Marques

ques podia mover, se alumbrò por la executoria con la reserva, porque no se entendiera quedava extincta en aquel juizio: arg. text. *in l. habebat. 13. in princ. ff. de instit. action.* iuncto text. *in l. Bebius Marcellus. 30. in fin. ff. de pact. nupt.* & ibi Bart. Bald. & Paul. de Castro. & multis iuribus Anton. Gomez *in l.* 45. *taur. n.* 159. à quo el señor Salg. *in labyr. 3. p. c. 1. ex n.* 30. porque aquel juizio de graduacion, ni por su calidad, ni por su sustanciacion era capaz de comprehender condenacion contra los frutos, y rentas del Estado. Ergò *debuit ius reservari in aliud iudicium, quia super nova causa anteà non deducta, nec lis fuit contestata, nec adversarius fuit instructus &c.* ait D. Salg. Y estos lugares proceden quando se litigô entre vnas mesmas partes, y en esse juizio se haze la reserva por accion no deducida. Que en el pleito en que no se huviere sustanciado con el interesado, y parte formal contra quien resulta la reserva, como en nuestro caso, ya se vê quanto mas cortos efectos causarâ la reserva.

32 Dizese vulgarmente, que la reserva ni dà ni quita derecho, y que en tanto obra, en quanto le tuviere la parte a quien se haze la reserva. Arg. text. *in l. si quis legaverit. 72. ff. de legat.* 1. vbi Angel. Bald. *in Auth. interdicimus. C. de sacros. Eccle.* idem Angel. *in l. scripturas. n. 3. C. qui potior. in pign.* Y assi es in ore Consulentium: *Natura reservationis est reservare ius, quod quis habet, non autem ius tribuere vbi non competit.* Franc. Becc. 1. *t. cons.* 34. *n.* 23. multi & â Noguerol. *alleg.* 25. *n.* 142. & repetuntur a D. Salg. in *labyr. credit. p. 2. c. 8. n.* 64. Carrillo *decis.* 169. *n.* 10. reducitase, pues la reserva a los meritos de la accion, en que no dudô la Sala se avia de conocer, como en nueva instancia, plenamẽte. Y assi se recibiò la causa a prueba: Si bien no la hizo el Duque, y su menos defensa no de-

deve perjudicar, aun quando huviera cosa juzgada, vt diximus *suprà*. ex D. Molin. *de Hisp. primog lib. 4. c. 8. ex n. 7.* como al intento deste articulo D. Sal. in *labyr. d. 3. p. c. 1. n. 116.* iuribus & Auctoribus ab eo adductis por los quales aviendo de ser oido el Estado, y su Administrador sequestrario, por aora deducirà en los articulos siguientes, de lo que del processo resulta las mas proporcionadas defensas, y la primera de defecto de accion contra el Estado, sin la qual no vale la reserva. opt. text. *in l. fin. in fin. C. de adquir. & retin. pos.* ibi: *Omni actione, si qua ex legibus ei competit, reservata.*

ARTICVLO III.

Que el señor Marques de Castelrodrigo no tiene accion contra el Estado de Alcalà, quantoquier la pudiesse tener contra la Duquesa Doña Beatriz de Mora.

33 SI el Estado de Acalà no està vencido por la executoria, y si la reserva no dà al Marques, y a su Casa mas derecho q̃ el que tuviere, bien se entra en el conocimiento de la accion, como primera inspeccion en los juizios; pues en ellos nadie deve ser admitido, ni puede litigar sin action. *l. pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de neg. gest.* vbi D. D. & in *l. vbi pactum 40. C. de trans.* pues no aviendola, ni aun ay arbitrio en el Iuez, ni necessidad de q̃ se oponga este defecto. Menoch. *de arbitr. lib. 1. q. 16.* Andr. Gail. *Practic. lib. 2. obser. 17.* innumeri, quos, vt adsolet, coacervat Giurba *decis. 17. n. 14.* & nil vulgarius in iudicijs, quã Vlpiani dictum *in l. loci corpus. 4. §. pen. in fin ff. si servit. vindic.* ibi: *Quantum enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo*, porque en tanto estarà libre el Estado

de

de Alcalâ, y sus frutos, y rentas del pedimiento del señor Marques de Castelrodrigo, en quanto no tuviere accion contra dichos frutos, y rentas.

34 Para probar pues que no tuvo, ni tiene accion por su Casa, y mayorazgo el señor Marques de Castelrodrigo, es necessario recurrir â la clausula de las Capitulaciones que se le ha referido en este papél *num*. 3. cuyo pacto no se deve entender en el caso que sucediò; sino en el que se pudo prevenir que sucediesse, scilicet que muriesse la Duquesa sin hijos, pero durante el matrimonio: en esse caso fue licito el pacto, y lo admite el derecho. text. *in l. 2. ff. de pact. dotal*, ibi: *Et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cũ mariti mortalitas intervenit*. text. *in l. 1. §. 1. ff. de dote praleg*. donde se le dá valor à este pacto, *quotiens ipsa mulier in matrimonio decedit*. iunctis Bald. & Paul. de Cast, & alijs, quos laudat D. Garcia Mastril. *decis*. 74. Fontan. *de pact. nup. 1. to. claus. 4. Glos. 9. p. 5. num*. 187. Barbosa *in l. Gaius Seius*. 45. *num*. 24. *ff. sol. mat*. Donde satisfaze al argumento en contra desto que se deduce *ex l. iam hoc iure*. 4 *ff. de vulgar*. de que vna mesma capitulacion, y clausula no deve tener diferentes accepciones, cõ el text. *in l. si ita scriptũ* 16 *ff. de manum. testam*. que limita la conclusion quando puede aver especialidad que cause la diferencia de accepciones, como la ay en el de disolverse el matrimonio sin hijos por muerte de la Duquesa viviendo el Duque. Tunc enim el pacto de reversion es corriente, non sic è contrario. *ex dict. iurib*.

35 Fuera de que en quanto a la Casa, y mayorazgo de Castelrodrigo, quedò informe el pacto, porque dize la Capitulacion *que para ello avian de otorgar las escrituras, y licencias que fueren necessarias los dotadores a contento del Duque*, que venia a ser la incorporacion de los 50U. ducados en la Casa, y mayorazgo de

los

los Condes de Castelrodrigo. Esto no se hizo, antes es necessario advertir q̃ el Marques puso pleito de inoficiosidad de la dote, y sobre la cantidad de la inoficiosidad ay la duda, no empero la tiene el aver avido dicho pleyto, que se siguió en Lisboa; porque està confessado en las alegaciones de contrario, especialmente *en el 2. Ram fol. 293.* assercion que perjudica â la parte. *l. cum precum. 9. C. de liberal. caus.* vbi Bald. melior tex. *in l. 2. C. de instit. & substit.* cum alijs iuribus, & Auctoribus congestis à Marc. Ant. Macerat. *variar. resol. lib. 2. resol. 11. n. 45.*

36 De que se infieren dos conclusiones, la vna q̃ aviendo quedado informe el pacto por no averse hecho las escrituras, ni sacado las licencias, ò facultades que dize la Capitulacion estamos en los terminos del texto *in l. fin. §. filia ff. de legat. 2.* donde se pidiò por el padre se renovassen las Capitulaciones dotales tocantes al pacto de reversion de la dote, y puede tener causa la hija para no cumplirlo, que componiendo este texto con otro *in l. à filia. 62 in princ. ff. ad Trebel.* es comun inteligencia la que se funda en que si la hija lleva de dote mas que lo q̃ le toca de legitima, el gravamẽ es licito, no assi, si solo se le diò por dote lo q̃ le podia tocar de legitima. Rodri. Sua. *in l. quoniam in prioribus, ampliat. 12. C. de inoffi. test. & cons. 1. num.* 288. Ant. Thesaur. *forens. lib. 1. q. 63.* Merlin. *de legit. lib. 3. tit. 1. q. 9. nu.* 18. Aviendo pues dicho de inoficiosidad contra la dote; y no aviendose renovado la caucion, hoc est, no aviendose sacado las facultades, ò licencias, ni hechose las scrituras que quedarõ de hazer los dotadores a satisfacion del Duque (como dize la clausula) no tiene derecho, ni accion el Marques en virtud del pacto de reversion.

37 La segunda conclusion es que quando todo lo dicho en este articulo cessara, y tuviera alguna accion la

Casa

Casa, y mayorazgo de Castelrodrigo, no la tiene contra el Estado de Alcalá, ni contra sus frutos, y rentas, porq̃ el pacto de reversion fue gravamen de la Duquesa, à quien no se le pudo quitar el movimiento, y exercicio de su accion dotal contra los bienes del Duque su marido, y contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, contra que pidiò execucion en Madrid, por todos los 110 ꝗ. ducados de dote, y arras, que es el Ramo que por executoria del Consejo se remitiò a esta Real Audiencia, donde pendia ya el pleyto de Acreedores a los bienes libres del Duque Don Fernando, a que avia salido la Duquesa. De modo, que en Sevilla, y en Madrid moviò su accion, que competia à la Duquesa, y no a el hermano, ni a su Casa, quien si algo puede pedir en virtud de la dicha Capitulacion lo avia de intentar contra la Duquesa. En terminos està decidido el punto apud Fontan. *de pact. nupt. 2. to. claus. 7. Gloss. 3. p. 7. num.* 28. Donde aviendo Capitulacion de que bolviesse la mitad de la dote al vinculo, ò fideicommisso, se denegò la accion; porque como en nuestro caso, usando la muger de su derecho avria cobrado, y se le diò al Actor el corto consuelo del, *age cum Geminiano.* del texto *in l. 3. C. de transf.* vt refert Fontanel.

ARTICVLO IV.

Que caso que aya accion contra el Estado es condicional, y no està cumplida la condicion.

38 EL assumpto deste articulo literal mente *se prueba* con las palabras de la facultad, que *se refirieron arriba num. 7.* y antes de discurrir en ellas, *sea licito* traer a la memoria la distincion de obligaciones del Estado cerca de dicha dote, y arras. Porque en quã-

to a los 60ɋ.de parte de la dote,el vinculo fue tẽporal como se ha dicho por los dias que durasse el matrimonio, y las piezas en que consistiò salieron del vinculo,como se ha apuntado, los 28ɋ. ducados para la dote de la Marquesa de Molina,hija de los dichos señores Duque,y Duquesa,en el juro de Badajoz, y tributo de Sevilla,y las dos otras pieças q̃ quedavã de los dichos 60ɋ.ducados,que fueron el censo de 24ɋ.ducados sobre el Estado de Maqueda, y 8ɋ.ducados de parte en el juro de 28ɋ.ducados de principal en el Almoxarifazgo mayor de Sevilla,se enagenarõ con facultades Reales, y con ellas se impusieron censos sobre los frutos,y rentas del Estado:pero con la calidad que repetidamente se dize en dichas facultades, y referimos *arriba num. 6.* porque mandò su Magestad que diesse poder el Duque al Depositario general de Sevilla,y le consignasse rentas para que en el tiempo que dizen las facultades se redimiessen los censos, y cumplido,ò no esto,passado el dicho tiempo *quede libre el Estado,y mayorazgo,y bienes,y rentas dél libres,y sin obligacion alguna,&c.*

39 Por esto,ni en la executoria,ni en la reserva, ni el pedimento de aora,ay, ni se pide contra el Estado,sus frutos,y rentas,mas que por la obligacion que hizo el Duque para la restitucion de los quarenta mil ducados que quedaron por vincular en la dote, y los 10ɋ: ducados de las Arras, que su Magestad permitiò que obligasse a su paga el Duque los frutos, y rentas de Estado,con la qualidad que haze esta obligacion condicional.ait enim. *Por si los bienes libres no bastaren podais obligar los frutos,y rentas del dicho vuestro Estado,y mayorazgo,y no la propriedad por la parte que de los bienes libres fuere menester a los dichos 50ɋ. ducados.* Que es la misma clausula del tex.*in l.fin.in prin. ff.si cert.pet.*ibi: *Quãtminus à Titio consequi possim.*

re-

repetida en otros muchos textos, y el mejor *in l. decē 116. ff. de verb. oblig.* es de Papiniano, y le notò Paulo sic. *Non enim sunt duo rei Mævius & Titius eiusdem obligationis sed Mævius sub conditione debet, si à Titio exigi non poterit.*

40 En esto se funda la distincion que haze el texto *in l. 2. C. de fideiuss. tut.* cuyo caso de opinion de Angelo le llama famoso Rodrig. Suarez *in l. 2. vers. quæritur ulterius nunquid. ex num. 7. tit. de los emplazam. lib. 2. fori.* que distingue entre el fiador simpliciter, ó obligado por el tutor, ò el que fiò *in id quod à tutore vel curatore servari non potest*: porque el primero (ait Suarez) *statim est obligatus.* mas el segundo es deudor cōdicional, y no se executa su obligacion sino cūplida la cōdicion. Hoc est, cōstando totalmēte la falta de bienes del Duque. *d. l. fin. & dd. ibib.* Y esto dize Suarez que procede de la mesma naturaleza del contracto, y de la obligacion. Y assi aunque huviera renunciado el beneficio de la excusion importa nada la renūciacion, por deverse verificar el caso de la obligacion, y deverse cumplir la condicion, vt prosequitur Suarez. Y fue de Antiguos Repitientes, y de los Consulētes de mejor nota, quos refert Pyr. Maur. *de fideiuss. 1. p. c. 17 num. 27.* en la nueva edicion. *& 2. p. c. 3. ex n. 23. & ead. part. session. 10. nu. 33.* D. Salg *in labyr. credit. 1. p. c. 23. num. 83.*

41 De ser condicional la obligacion de los frutos, y rentas del Estado de Alcalà, se deducen algunas consequencias en su defensa que proceden ex eâdem iuris ratione.

42 Sea la primera la necessidad precisa del cumplimiēto de la condicion que repetidamente se puso en la clausula de la facultad que referimos en este papel *n. 7.* que es *por si faltaren bienes libres*, porq̄ induce condicion precisa illud verbum *si. text. in l. 1. §. si quis simpli-*

pliciter.ff.de verb.oblig. y en terminos son los textos, *in l.Pater filium.38.in fine principij.ff.de leg.3.*ibi.*Si nõ erit aliud in hareditate, vnde debitũ exsolvisset.* Authen.*Res qua.C. comm. de legat.* ibi: *Si liberis portio legitima non sufficit.* Y este cumplimiento de condicion, y el probar que no ay otros bienes de que cobrar es necessaria carga de quien pide contra el Estado. *l.si eius qui.34 ff. ad S. C. Trebel.*sic cum Paulo de Cast. Alciat. Mascard. & Bursat.concludit Bonsius *in consilio num.21* inserto a Pyr.Maur.*in suo tract.de fideius. 2.p.princ.sess.10.post.§.23.*

43 Y en termino de obligacion del mayorazgo el señor Molina *lib.4.c.7.á n.34.* Donde resuelve que el Acreedor es quien deve probar la falta de bienes, *cum sit fundamentum sua intentionis:nec potuerint aliter bona maioratus alienari,seu hypotheca subijci.* Cuya sentencia dizen sus Addicionadores, *quòd dubio procul est de mente omnium.* Y exornan la conclusion bastantemente con Autoridades, a que añade otras muchas Don Pedro Noguerol *alleg.40.num.40.*entre las quales justamente encomienda el lugar de Fontanel. *de pact.nupt.to.2.claus.5. Gloss. 1.p.2.ex num.* 18. por mas lleno que otros, vt videre licet.

44 No ha probado el señor Marques de Castelrodrigo el cũplimiẽto de la condicion de la obligaciõ del Estado. Antes bien consta del processo, q̃ tiene bienes de q̃ cobrar los cinquenta mil ducados que pretende, quando no estuvieron pagados, como se probarà *en el Articulo siguiente.* Y antes de proponer los efectos que deve excutir el señor Marques, y para que mejor procedan las defensas del Estado de Alcala en este punto, sea segunda illacion que se deduce de ser la obligacion del Estado condicional, la distincion desta obligaciõ, y la del fiador, sobre la excusion de los bienes del deudor principal. Consiste la diferencia en que siendo la

obli-

obligacion de principal, y de fiador vna mesma, y que el orden de convenirlos excutiendo primero los bienes del principal, no es de mero derecho, sino de la equidad que siguiô Iustiniano en la Novella de donde saliò el Authentico. *Præsente C. de fideiuss.* Deste beneficio no necessita el Obligado subsidiariamente, a quiẽ no se le deve dar nombre de fiador, para que por equidad tenga la excepcion, y beneficio de la excusiõ; Bart. *in l.1. num. 2. C. de conven. fisc. debit. lib.* 10. laudatus à Fontan. *de pact. nupt. 1. to. claus. 4. Gloss. 9. p. 5. nu.* 55. Ant. Gom. *var. to. 2. c. 13. num. 3.* vbi *ex d. l. fin. ff. si cert. pet.* ait: *Quia hoc casu excusio requiritur pro complemento conditionis, non vero ex beneficio fideiussoribus concesso.* eruditius Faber. *in ration. ad d. l. fin. ff. si cert. pet.* Dixo que el fiador tenia este beneficio *ope exceptionis*, el Subsidiario *ipso iure*, por ser condiciõ precisa de su obligacion el que no se hallen bienes, ni efectos algunos del deudor principal.

45 Por esto no es aplicable la practica q̃ pone la Glossa *in l. à Divo Pio. 15. §. in venditione. ff. de re iudic.* donde Bartulo, y por el todos. Y de que se vsò por parte del señor Marques de Castelrodrigo en el pedimiento que se refiere *en el memorial al fin del numero* 48. *fol.* 27. Pidiendo que se notificasse al Tesorero del Estado señalasse bienes libres: porque esta practica es en los terminos vulgares de fiador simple contra quien se intẽta venir. Y para que se tenga por hecha la excusion si en el termino que se le diere no señalare bienes libres, no empero es practicable la doctrina en nuestros terminos por la razon que se ha dicho, y repite Alexandro *in d. §. in venditione. n. 25.* Porq̃ siendo de obligacion del Actor el verificar la condicion de la obligacion, le incumbe la prueba de que no ay bienes suficientes. Sequitur Iason *ibidem. num. 18.*

46 Y notese la impropiedad del dicho pedimiẽto pues

co-

como del consta, y se refiere en el memorial *fol. 26. B.* se pidieron tres cosas, venta de los bienes libres del Duque, que se revocassen las pagas hechas a los posteriores, y que se hiziesse la notificacion: no pudiendo esto vltimo pedirse hasta estar rendidos los bienes, y revocadas las pagas ex text. *in d. l. decem.* 116. *ff. de verb. oblig* ibi: *A Mevio enim ante Titium excussum non recte petetur.* Como quiera que antes desta diligencia no tenga execucion la obligaciõ del Estado. Rodrig. Suar. *vbi sup.* Ant. Fab. *in d. l. fin. ff. si cert pet.* Ioan. Gutier. *de iuram. confirm. 1. p. c. 23. num. 29.*

47 Sin embargo de ser carga del Actor el probar que no ay bienes de que se pueda hazer pago, y que el Administrador sequestrario del Estado no se los deve señalar, todavia se harà demostracion de los efectos que deve excutir.

48 En el memorial *num. 55. fol. 29. B.* se pone por efecto la scritura de transacion, en q̃ el Duque de Cardona quedò deudor al Duque Don Fernando de 55U. ducados de plata. Que seã bienes del Duque no es dubitable, ex text. *in l. a divo Pio* 15. *§. in venditione. ff. de re iudic.* y aun el texto *in l. magis puto* 5. *§. non passim. ff. de reb. cor.* no difiere de la dita el contado. Por estos textos dixo Pedro Surdo *to. 4. conf.* 533. *num.* 8. en caso como el nuestro: *Quod non sufficit, simpliciter perquisivisse bona mobilia, vel stabilia eiusdem Pecchij: sed disquirenda sunt iura, & actiones.*

49 Contra el señalamiento desta dita se opone q̃ tiene concurso el Duque de Cardona, y que cobrò la mayor parte della el Principe de Paterno, como Albacea del dicho Duque Don Fernando.

50 En quanto a lo primero, bien convinciente es la replica que se puede hazer con la Executoria del Consejo, que se refiere en el memorial *nu. 31 fol. 15. B.* pues oponiendosele a la Duquesa en Madrid, que no podia

con-

convenir al Eſtado ſin excutir los bienes libres del Duque Don Fernando, replicava, que aviendo concurſo de Acreedores a dichos bienes, la excuſion ſe devia tener por hecha en ellos. Sin embargo remitiò el Conſejo el pleito de la Duqueſa al concurſo juzgando con eſto que devia excutir primero los bienes aunque eſtuvieſſen concurſados. Porque aunque la replica de la Duqueſa entonces eſcuſandoſe de ſeguir el pleito del concurſo de los Acreedores de ſu marido, y la del Marques aora, en quãto al cõcurſo de Cardona; parece podiã tener por fundamẽto la opiniõ del ſeñor Molina *lib.4. de Hiſp. primog.c.7.n.* 31. aun en ſus terminos el meſmo Auctor *ibidem verſ.caterũ.* ſe incline a lo preciſo deſta excuſion como importante a la perpetuidad, y conſervacion de los mayorazgos.

1 Vtcumque entendida en ſu rigor la opinion del ſeñor Molina eſtà executoriado contra ella por el Cõſejo en eſte pleito, y por eſta Real Audiencia en el caſo del ſeñor Caſtillo *quotid.controv.lib.4.c.26.* Y ſe cõvence con la practica general de que deponẽ los Addicionadores *d.c.7.num.17.ad* 32. Y con que eſta practica dize Noguerol *d.alleg.40.num.70.ad fin.* que tiene ſu principal fundamento *in verbis, & natura Regiarum facultatum, quæ nihil operantur contra bona maioratus, bonis liberis exiſtentibus: Opinio verò D. Molinæ, & aliorum procedit ex quadam æquitate, & ſine iure, & ratione.* Y ni aun eſtuvo conſtãte el ſeñor Molina, como lo notò el ſeñor Salgado *in labyr. credit. p.2.c.5.num.22.* Quien mas exactamente que otro diſputò la queſtion reſpondiendo a todos los fundamentos del ſeñor Molina.

52 La ſegunda razon que ſe alega de aver cobrado el Principe de Paterno tiene dos reſpueſtas, vna particular a eſta partida, y otra comun a la ſegunda partida, que ſe manifieſta por efectos del Duque.

53 La particular es, que como se assiẽta en el memorial, aunque cobrô el Principe de Paterno en el concurso de Acreedores del Duque de Cardona, fue con fianças depositarias para si huviesse Acreedores del Duque Don Fernando, de mejor derecho. Con que el dinero se cõsidera extante. Frãch. *decis.* 75. *& decis.* 200. D. Castil. *quotid. controv. lib.* 4. *c.* 61. *nu.* 74. cum alijs relatis â D. Salg. *in labyr. credit. p.* 1. *c.* 10. *num.* 73. Y ningun pretexto del Principe, para la cobrança que hizo le puede dar accion que sea anterior a la dote de la Duquesa.

54 La otra respuesta es comun a esta partida, y a otro efecto, que se muestra, y manifiesta en que deve hazer su diligencia el señor Marques de Castelrodrigo, es de 13. q. 582U259. mrs, que deve el Principe de Paterno a este concurso por la executoria desta Real Audiencia, que se refiere en el memorial *num.* 28. *y num.* 29. *fol.* 14. *B. y fol.* 15. De que para otro intento se harà tambien mencion en el Articulo siguiente: pero aora se manifiesta por efecto, y lo deve excutir el Marques.

55 La razon desto sea tercera illacion, ex dicta ratione iuris, y ser condicional la obligacion del Estado. Porque tanto se deve cumplir la condicion, que aunque regularmente se dize en la obligacion fideiussoria, que la excusion se escusa quando es mucha la dificultad de convenir el deudor, sus bienes, y efectos, porq̃en essos casos se tiene por hecha. No sucede assi en la obligacion subsidiaria, y de indemnidad. Porque còmo es la excusion para verificar el caso de la obligacion, la dificultad no basta, sino que es necessaria la imposibilidad de la cobrança. Quod mihi probant duo mirabilia iura, alterum. *in d. l fin. in princ. ff. si cert. petat.* Donde siendo la obligacion, *quominus à Titio exigere potuero*, no basta que la exaccion sea dificultosa, sino que â de ser impossible. Alterum *in d. l. decẽ.*

116 *ff. de verb. oblig.* en que lo riguroso desta condiciõ se pone en la clausula: *Si à Titio exigi non poterit.* Que es impossibilidad en la cobrança. Y comprehende todos los casos de exaccion en la possibilidad. vt ex Bart. Panorm. Alex. & alijs concludit Card. Tusch. *pract. conc. iur. tom. 5. lit. N. conclus. 26. n. 4.*

56 No puede aver mas embaraçosa excusion que la de vn concurso, y no se puede excusar como se juzgò en este pleito por el Cõsejo, y queda fundado, para que pueda ajustarse el caso de la obligacion subsidiaria, y cumplirse su condicion, ni que se spere pleito, ni que las acciones sean litigoiosas, no es prueba de la falta de bienes, sino de su existencia. Avendaño *in l. 46. Taur. Gloss. 9. num. 9.* vbi magistraliter ait: *Quod licèt sufficiat litigium regularitér pro excussione, non inde probatur, deficere bona, sicut erat necessarium. Neque esse rem controversam, est deficere ipsam rem, sed impediri exactionem. Et huiusmodi impedimentum tollitur demùm lite finita. Vnde necessarium erit, omninò deficere libera bona, neque sufficeret controversia.* Porque como por principal fundamento de la decision desta Real Audiencia pone el señor Don Iuan del Castillo *quotid. controvers. lib. 4 c. 26. num. 32.* De tal modo es necessario la execucion Real en todos los bienes, que no se puede excusar por las dificultades, controversias, y litigios que sobre ellos huviere.

57 La quarta illacion quæ ex eadem iuris ratione, y precisa condicion de la obligacion subsidiaria deducimos, concierne a la manifestacion de los bienes que estan en poder de terceros posseedores, que son los juros de la dote que se vendieron constante el matrimonio, porque se deve hazer exculsion en dichos bienes. Porque como dezia Don Francisco Sarmiento. *Select. ar. lib. 7. c. 5.* mayor, y mejor Acreedor se puede considerar el successor en el Estado, que por derecho

pro

propio de su llamamiento entra sucediendo al Fundador, que no causô las deudas, y no al vltimo sucessor deudor desta dote, y de los demas creditos, para no tener por la parte de la dote, y Acreedores la equidad q̃ moviò a su sentir, ò duda al señor Molina, y assi tan igualmente considera Sarmiento necessaria la excussion en los bienes enagenados, y que tienen los terceros posseedores, como en los demas. Ias. & Romã. *in d. l. fin. ff si cert. pet.* Avend. *vbi suprà d. Glos. 9. n. 9.* D. Castil. *d. c. 26. nu.* 32. Que es el segundo caso que pone Noguerol, aunque no era tan apretado el de su pleito, y obtuvo. *d. alleg.* 40. *ex n.* 48. *ad* 53.

58 Porque contra las dichas enagenaciones, tiene el derecho dotal la Duquesa, y quien le pretẽde suceder, que le dà el texto *in l. æstimatis.* 50. *ff sol. mat.* Y si le daña a la Duquesa el aver hecho, ò cõsentido las enagenaciones, por esto mesmo perdiò el recurso contra los frutos, y rentas del Estado. vt ex Petra, Menoch. & Fusar. tenet Noguerol *ibidem n.* 52.

ARTICVLO V.

Que obstan à la pretension del señor Marques de Castelrodrigo las pagas que se alegan por parte del Estado de Alcalà.

59 FVndôse en el Articulo tercero, q̃ la accion de la dote, y arras avia competido a la Duquesa, quien tuvo para los 40ʊ. ducados de parte de la dote, y para los diez mil ducados de la promesa de las arras, obligados los frutos, y rentas del Estado por la obligacion subsidiaria, y de indemnidad, causa mas dura sin ninguna duda que obligaciõ de los seſẽta mil ducados de la otra parte de la dote, para cuya paga, y restitucion se tomò otra forma como se ha dicho, que fue

fue que se vinculassen los mesmos bienes dotales hasta en la dicha cantidad de los 60U. ducados, que se enagenaron despues por los medios que se â referido *supra.n.*38. Y aunque quedasse obligado el Duque, no aviẽdo tenido efecto el desempeño del Estado, y nuevo empleo que de las rentas, y frutos de los años contenidos en las facultades se avia de hazer en favor de la Duquesa, esta viene a ser obligacion pura del Duque, y en la de los quarenta mil ducados de parte de la dote, y diez mil ducad. de las arras, es fiador subsidiario el Estado con sus frutos, y rentas, con que entra la conclusion del texto *in l.* 1.*cum seqq ff. de solution.* En que por deuda mas dura se le ayan de aplicar las pagas hechas a la Duquesa. En terminos es el lugar tan propio deste pleito, y que se ha citado tantas vezes, de D. Pedro Noguerol *alleg* 40.*num*.64. *&* *num* 65. Con solo pues las pagas que se admiten en las sentencias de la graduacion ay mucha satisfacion de los cinquenta mil ducados que se piden.

60 Y aunque como se ha pretendido probar en el Articulo primero deste informe no ay cosa juzgada cõtra el Estado, ni executoria que le obste en este pleito. Todavia haremos distincion de las pagas que se alegaron antes de la executoria, y las que nuevamente se oponen por el Estado.

61 De las primeras lo es la dote de la Marquesa de Molina, q̃ montando 90U. ducados en su primera constitucion, y entrega que hizieron el Duque, y la Duquesa, despues por mas augmento de dote diô a su hija la Duquesa 154U056. reales. Y aunque ambas partidas se opusieron por los Acredores en el concurso para que la mitad dellas se tuviesse por paga de la dote, solo se mandò que se baxassen 30U. ducados, y no obstando como está dicho lo juzgado al Estado, igualmente corre su defensa en toda la mitad desta

H do-

dote,y su augmento. ex apertissimo text. *in l.53. Taur. quæ est l.8. tit.9. lib.5. Recop.* que dispone que no aviẽdo como no huvo en el matrimonio bienes multiplicados, las dotes de las hijas se paguen de los bienes de los padres por mitad, tanto del capital, y patrimonio del marido, como de la dote de la muger. Exornant Ant. Gom. Azev. Matienç. & cæteri Regnicolæ *ibidẽ:* Barbosa *in l.1. p.4. n.103. ff sol. matr.*

62 A otro fin hizimos memoria *suprà n.* 35. de que por parte del Marques se siguiò pleito de dote inoficiosa, por dezir que sus padres no avian podido dar a la dicha Duquesa tanta cantidad. Y huvo executoria que se refiere en el instrumento, de que se haze mencion *en el memorial nu.*34. *fol.*18. *B. y fol.*19. En que se obliga el Duque a pagar a su Magestad 2.q.601U224. mrs. por el Marques de Castelrodrigo, por tãtos que le estaua deviendo, *en virtud de vna carta executoria, ganada en Lisboa.* Que no solo no se ha dicho q̃ fuesse por otro derecho, sino q̃ antes ay la assercion hecha en el libello de contrario, de que no eran doze mil ducados lo que avia montado la inoficiosidad, sino siete mil ducados solamente. Que no parece se pueden dexar de baxar de la dote pues se bolviciõ. Concurriẽdo cõ la dicha asserciõ la causa de la obligacion expressada en dicho instrumento. Y no dandosele otra.

63 Fuera destas partidas ay tan inumerables sumas de dinero, y efectos, joyas, plata, y de ricas halajas de ambas recamaras del Duque, y de la Duquesa, como se deve entender llevavã para representacion tan grãde como la de Oficio de Virrey de Sicilia, q̃ iba â servir el Duque. Que muriẽdo el Duque en Genova, quedô con tan gruessa hazienda la Duquesa. Estos bienes aũque no en todo su inmenso valor, se manifiestã en los inventarios que se hizieron en Genova, y copia de la caxa de Palermo, que se refieren *en el memorial nu.*34.

fol.

fol.19.B. Y la existencia solo de dichos bienes al tiempo q̃ se disolviò el matrimonio, excluye la pretension de la dote, como afirma Noguerol. *d. alleg.* 40. *nu.* 37. Probando la conclusion en los numeros siguientes cõ argumentos muy firmes. Y el principal es, el que tanto hemos repetido de la necessidad de la excusion para poder venir por la subsidiaria cõtra el dicho Estado.

65 Viniendo â España la dicha Duquesa, en compañia de la Princesa de Paterno Duquesa de Alcalâ, y del Principe su marido, muriò la Princesa, y por este caso reduxo a su poder la Duquesa todas las joyas que el Duque avia dado a su hija, y la Duquesa como su heredera intentò el pleito que se refiere *en el memorial num.66. fol.*38. sobre pretender que se le pagassen los frutos, y rentas del Estado de Alcalà pertenecientes a la dicha su hija desde la muerte del Duque su padre hasta la suya. Que a pedimiẽto de dicha Duquesa se liquidarõ, y montaron 58. qs. 344U705. mrs. y 18U201. fanegas de trigo, y 1U776. fanegas de cevada. Esta partida se â opuesto nuevamente, y no parece que puede aver razon por donde se dexe, aun estando en terminos de la obligacion del Estado, de tener estos efectos por los principales en que se considere pagada la dote, y arras de dicha Duquesa. Porque si tenia derecho para cobrar de los frutos, y rẽtas del Estado, los de que deviò cobrar, son los mesmos que pidiò, y liquidó que pertenecia a su hija. Y aceptádo su herencia cõfundiô la accion que podia tener, porque no se compadece en el derecho, que pretenda como heredera de la hija los frutos, y rentas del Estado por vna parte, y por otra que se le pague su dote, y arras. *l. Sticũ. 95. §. additio ff. de solut. l. debitori creditor.* 51 *ff. de fideius. l. si vxor.* 7. *C. de bon. aut. iud. pos.* ex multis Barbos. *in l. quæ dotis.* 34. *per text. ibi. ex princ. vsque ad n.* 10. *ff. sol. mat.* Padilla *in l. cum secundum. ex num.* 32. *C. de fideicom.* Y la

presumpcion està contra la Duquesa, vt in terminis Noguerol. *d. alleg.* 40. *n.* 31.

66 Y si no cobrò los dichos frutos, y rẽtas la Duquesa, a lomenos en la cantidad de su dote, y arras, pues tan abundãtemẽte avia en ellos para su paga, corre la liberacion del Estado notoriamente por la negligencia en cobrar, pues dexò el pleito, como se dize en el memorial, hecha la liquidacion de los frutos, y rentas en tan grandes sumas de maravedises, y granos. *l. fideiussores in id.* 41. *ff. de fideius.* cuyos sumarios de los mayores Auctores traslada Noguerol. *d. alleg.* 40. *n.* 60. *& seqq.* Que aunque principalmente se haze por el Estado esta alegacion, en quanto a la obligacion que tuvo de cobrar la Duquesa de los muchos bienes que quedaron del Duque en Genova, y en Palermo, como se ha dicho: con specialidad tambien se aplica a estos frutos, y rentas que la mesma Duquesa pidiò, cuya negligencia en proseguir el pleito le deve perjudicar, ex innumeris, quos congerit Noguerol. *vbi proximè.*

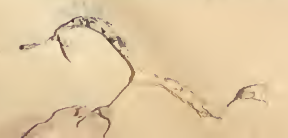
ARTICVLO VI.

Que en todo acontecimiento, y caso negado tuviesse recurso contra el Estado el señor Marques de Castelrodrigo por su Casa, ò como heredero de la Duquesa Doña Beatriz de Mora, no le puede tener por las vsuras, y reditos que pretende.

67 LA facultad que tuvo el Duque Don Fernando, fue solo para obligar los frutos, y rentas del Estado de Alcalà a la paga de los 40U. ducados de parte de la dote, y de los diez mil ducados de las arras, y en esta facultad no se permite que se obligue el Estado por mas.

68 La sentencia de revista (sin embargo que como se

ha



ha pretendido fundar, en nada puede perjudicar al Estado de Alcalà) limita con su *conque* la sentencia de vista, como se advierte *en el memorial n. 45. fol. 25. B.* Porque aviendo dado grado al Marques por 60ʊ. ducados con reditos en la primera sentẽcia, se dize en revista *que sean 50ʊ. ducados, y en quãto a la reserva sea, y se entienda contra los reditos de los bienes vinculados del Estado de Alcala. La qual reserva sea solamente en quanto a los 40ʊ. ducados, y no mas.* Y con la mesma limitacion se haze la reserva de los diez mil ducados de las arras.

69 Conque quando esta reserva huviera sido executoria condemnatoria contra el Estado, solo serà la cõdenaciõ en los 50ʊ. ds. *y no mas*; porque lo dize expressamente, y porq̃ siempre se deve entender asi: Porque sobre la duda de los interesses por la retardacion de la paga de la dote, y querer aplicar la decision del texto *in cap. salubriter. de vsuris* (q̃ habla en el marido, a quiẽ se le socorre cõ las vsuras de la dote para el sustento de las cargas del matrimonio) a la viuda, tiene la dureza q̃ sintiò el señor Covar. *lib. 3. variar. c. 1. n. 3. vers. sexto.* & longius Barbos. *in l. 2 in princ. p. 1. ex n. 40. ff. sol. mat.* & quos innumeros addit Hodiern. ad Surd. decis. 240.

70 Y como quiera el Marques pide como heredero de la Duquesa los 10ʊ. ducados de las arras, y por si pide los 40ʊ. ducados para su mayorazgo. Y siẽdo los interesses de la dote retardada, por equidad, y privilegio de la viuda, en èl no sucede el heredero estraño, que no es su hijo, ni descendiente. vt arg. text. *in l. locatio. 9. § fin. ff. de publican.* & aliorum iurium, & ex doctrina Baldi, & aliorum plurium Menoch. *t. 8. cons. 703. n. 17.* Fontan. *de pact. nupt. 2. t. claus. 7. Glos. 3. p. 7. n. 2.*

71 Por si el Marques ya se vê que no puede tener este privilegio, pues quando tuviera accion, que no la tiene contra el Estado, vt dictum est *suprà art. 3.* nunca la

podia tener por reditos faltando el pacto que supone el texto *in l.in insulam 42.§.vsuras.ff.sol.mat.* aun quã do huviera sucedido en las acciones dotales por cessiõ de la viuda. Sesse *decis.68.& decis.253.* Menoch. *vbi suprà.* y en ambos casos Gratian. *discep.forens.1.to.c.143.n.39.* Giurb. *ad consuet. Mesan.c.15.Glos.15.n.19.*

72 Pero no estamos en los terminos regulares de interes de dote retardada, sino en querer ampliar la obligacion de los frutos, y rentas del Estado a los reditos de la dote, y arras. Que para que assi se huviesse de entẽder, avia de aver pacto, como supone el señor Molina *lib. 4. de Hisp. primog. c.15.n.5.* vt accipitur à D. Larr. *decis. 37.n.15.* que entendió en estos terminos al señor Molina: Y la decision de Granada es en favor del Estado, y a sus fundamentos no satisfaze Noguerol *alleg.17.*

73 Pero ni vno ni otro Auctor habla en los terminos individuales desta facultad condicional para el caso que no huviere bienes libres, ni bastaren para la paga de los 50ij. ducados; porque si vt diximus *ex d. l. fin. ff. si certum pet. & ex d. l. decẽ.116. ff. de verb. oblig.* esta es obligacion condicional, y no nace hasta estar excutidos los bienes libres, no puede ser deudor de interesses: aliàs le estaria muy mal al Estado ser cõdicional, y tan estrecha su obligacion: pues aviendo muerto el Duque el año de 1637. si el Estado huviera de pagar interesses, la facultad que gravó en 50ij. ducados a los frutos, y rentas del Estado, se avrá de estender a cien mil ducados mas, si dura algunos años el ajustar la excusiõ sobre los treinta y quatro años que han corrido desde la muerte del Duque.

74 Finalmente, vt recepeui canam, de dos textos contrarios *in l. Lutius Titius.46. §. Paulus. ff. de adm. tut. cum l. si post à quam.10. ff. rem pup. sal. for.* La concordia que yo pensava, se ajusta a la diferencia principal conque he hecho estas defensas entre la obligacion fide-

fideiussoria simpliciter, y la obligacion subsidiaria, ò de idemnidad. En la duda pues de si el que fiò al Tutor, deve pagar los reditos causados despues de aver salido de la tutela el pupilo, resolviò Africano, que deve pagar las vsuras el fiador que lo fue de la tutela, *in dict. l. si posteà quam.* Lo contrario difiniò el Consulto. *in dict. §. Paulus:* porque supone fiador, *qui salvam rẽ fore cavit.* Y este nunca puede dever mas que la suerte principal, no interesses, ni vsuras: porque no se à de sacar de sus terminos la obligacion: La del Estado fue de indemnidad de los cinquenta mil ducados: estos, y no interesses deviera. si para lo principal no se hallara con los fundamentos que se an scrito en este papel, quæ negotium spondent. Salvo in omnibus tanti Senatus superiori iudicio. Hispali die 21. Septem. ann. 1670.

Lic. D. Francisco Ortiz de Godoy.